

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

## 実体的デュー・プロセス論の再考 : Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)を契機に

著者	萩原 滋
著者別名	HAGIWARA Shigeru
雑誌名	白山法学 : Toyo law review
巻	-
号	8
ページ	1-18
発行年	2012
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00003629/">http://id.nii.ac.jp/1060/00003629/</a>

## 実体的デュー・プロセス論の再考

### —Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) を契機に—

萩 原 滋

- 1 はじめに
- 2 Lawrence 判決の要旨
- 3 実体的デュー・プロセス論の再考
- 4 まとめ

#### 1 はじめに

わが国と異なり、西欧諸国の中にはソドミーと呼ばれる、同性愛者間で行われる性行為を禁止する国がある。アメリカ合衆国にもソドミーを禁止するいくつかの州があるが、2003年、アメリカ合衆国最高裁は従来の判例を変更して、ソドミーを禁止することは合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項に違反すると判断した（Lawrence 判決<sup>1</sup>）。従来の判例は1986年に言い渡された Bowers 判決<sup>2</sup>であり、この間、合衆国最高裁判事の構成は大幅に変化した。Bowers 判決当時の最高裁判事のうちバーガー、ホワイト、パウエル（以上、Bowers 判決の法廷意見に同調）、ブラックマン、ブレナン、マーシャル（以上、Bowers 判決の反対意見に同調）の各氏が同裁判所を去り、Lawrence 判決時には、これらの各氏に代わってケネディ、スーター、ギンズバーグ、ブレイヤー（以上、Lawrence 判決の法廷意見に同調）、スカリア、トーマス（以上、Lawrence 判決の反対意見に同調）の各氏が同裁判所判事に任命されていた。もちろん、判例変更の要因を判事構成の変化だけに求めるべきではない。

Lawrence 判決は、従来の判例とは正反対の判断を下したという点だけでなく、実体的デュー・プロセス論の今後の展開の方向を予測させるものとしても重要であると思われる。合衆国最高裁の考え方（及び同裁判所内

における見解の対立)を正確に理解するためには、今回の判例変更に至った背景事情のほかに、違憲立法審査のあり方についての合衆国最高裁の考え方を知る必要があろう。筆者は実体的デュー・プロセス論をめぐる合衆国最高裁の動きを注視してきた者であるが<sup>3</sup>、本稿ではLawrence判決を契機に同判決の意義及び実体的デュー・プロセス論の行方について考えてみたい。

## 2 Lawrence判決の要旨

### (1) 事実

テキサス州法は、同性の男性と性行為をした者は処罰する旨定める<sup>4</sup>。持凶器の騒動があるとの通報を受けた警察官が上告人の居住するアパートに駆け付けたところ、上告人と成人である他の男性とが上記州法違反の行為を行っていたのを現認し、両名を逮捕した。公判において上告人らは、本件州法は修正14条の平等保護条項及び適正手続条項に違反すると主張したが、事実審裁判所はこれを斥けて、上告人らに罰金刑を科し、州最高裁もこれを是認した。合衆国最高裁は上告受理申立を認めた。

### (2) 法廷意見(破棄差戻し)<sup>5</sup>

修正14条のデュー・プロセス条項は、避妊具の使用、堕胎を行う自由<sup>6</sup>を含む実体的な自由を保護するものである。これに対して、Bowers判決<sup>7</sup>は、成人の男性間で行われるソドミー(自然に反する性行為)を罰することは同条のデュー・プロセス条項に違反しないと判断した。もっとも本件州法と異なり、Bowers判決では男女間で行われるソドミーも罰則の対象となっていた。本件では、成人がその私的な住居内で州法が禁止する行為を行ったという点が重要である。憲法は同性愛者がそうした行為を行うことを許容するものと考えられる。

Bowers判決は、ソドミーを行う自由は基本的権利ではないし、その禁止の起源は古代にまで遡るとする。しかし、男性同性愛者に焦点を当ててこの種の行為が禁止されるようになったのは19世紀以降であり、そうした

立法が増加するのは1950年代以降のことである。また、成人男性が合意の上で行うソドミーについては、それを禁止する罰則はこの間ほとんど適用されていないのが実情である。もっぱら同性愛者による性行為を禁止するのは現在9州にすぎず、Bowers 判決以降にソドミーを罰する法令を廃止した州も少なくない。ソドミーは西欧文明及びキリスト教道徳に反するともいわれるが、ヨーロッパでは同性愛者間の性行為禁止はヨーロッパ人権条約に違反すると判断されている<sup>8</sup>。

本件州法は平等保護条項に違反するとの主張は傾聴に価するが、違憲の理由を平等保護条項違反に求めると、ならば異性間で行われるソドミーをも罰することとすれば問題ないのではないかの疑問を残すことになる。本件州法に基づく有罪判決の及ぼす影響は資格剥奪を含めて小さくないことにも留意すべきである。

反対意見は先例拘束の原則により Bowers 判決を破棄すべきではないとするが、同原則は絶対的な命令ではない。むしろ Bowers 判決は個人からも社会からも信頼を勝ち得ていなかった。

### (3) オコナー裁判官の結論同調意見

Bowers 判決を破棄するとする法廷意見には同調できないが、本件州法は同性間で行われるソドミーのみを罰し、異性間で行われるそれを罰しない点で、修正14条の平等保護条項に違反する。Bowers 判決ではソドミーが道徳的に否認されているということは州の正当な利益とはいえないとする主張が退けられたが、そうであるからといって同性間で行われるソドミーのみを罰することが許されるものではなく、本件州法は平等保護条項の審査において要求される合理的基礎を有するものではない。

### (4) スカリア裁判官の反対意見<sup>9</sup>

ソドミーは不道徳であるとする Bowers 判決の原則は信頼を失っており、先例拘束の原則により同判決を破棄すべきではない。

デュー・プロセス条項の下で厳格な違憲審査基準が適用されるのは、当該の自由が基本的権利である場合に限られるが、基本的権利は合衆国の歴

史と伝統に深く根差したものについて認められるものである。法廷意見もソドミーを行う自由が基本的権利ではないことを認めているし、ソドミーの禁止が合衆国の歴史と伝統に深く根差していることは Bowers 判決で指摘されたとおりである。

法廷意見によれば性道德の保護は州の正当な利益とならないとされるが、そうすると姦通、重婚やわいせつ物など性道德を守るために制定されている罰則も違憲だということになってしまい、不当である。

オコナー裁判官は、本件州法は平等保護条項違反であるとする。しかし、そうなると同性婚の禁止も同条項違反となってしまう、やはり不当である。

#### (5) トーマス裁判官の反対意見

私は個人的には本件州法に賛成ではないが、憲法解釈としては法廷意見に同調することはできない。

### 3 実体的デュー・プロセス論の再考

#### (1) デュー・プロセス条項(修正14条)と権利章典(修正1条—8条)の関係

Lawrence 判決のように、アメリカ合衆国憲法修正14条のデュー・プロセス条項<sup>10</sup>を根拠として州が制定した刑法を違憲とする理論を実体的デュー・プロセス論という。実体的デュー・プロセス論に対しては、合衆国憲法の明文にない権利を認めるものであり不当であるとする批判が加えられている。憲法の明文根拠は修正14条ではなく、修正1条ないし8条の権利章典に求めなければならないというのである。歴史的には、合衆国憲法の発効3年後(1791年)に修正1条ないし10条が採択され、デュー・プロセス条項を含む修正14条が採択されたのはさらに下って1868年のことであった。修正1条ないし10条はもっぱら連邦に対する制限であるとされるが、修正14条のデュー・プロセス条項により連邦に対する憲法上の制限が州にも適用されることとなったのである。

修正1条ないし8条による連邦政府の活動に対する制限が修正14条を介してどの程度州政府にも及ぶのかについては、三種の見解がある。第一の見解は、権利章典と修正14条のデュー・プロセス条項との間には何ら必然的な関係は存在せず、同条項により要請されるのは秩序付けられた自由の概念に含まれる原則<sup>12</sup>、ないし正義の概念にとって不可欠な基本的公正さであるとされる（基本的権利説）。その際、基本的公正さを判断する上で権利章典の定めは指標となりうるが、決定的ではない。第二の見解は、権利章典により連邦において保障された権利はすべて州においても保障されるとし（全部取り込み説）、第三の見解は、権利章典で列举された権利のすべてではなく、そのうち基本的な権利だけが州に適用されるとする（選択的取り込み説）。

この論争は刑事手続上の権利に関するものであるが、基本的権利と認められる自由のみが修正14条にいう「自由」に該当し手厚く保護されるとする実体的デュー・プロセス論は上記第一及び第三の見解に通ずるものがあるといつてよい。第一及び第三の見解に対しても、基本的権利か否かの判断は裁判官の主観に依存するという、実体的デュー・プロセス論に対して加えられたのと同様な批判が加えられた。この点、第一の見解によれば、基本的権利か否かは公正さの中核部分に当たると伝統的に認められてきたものか否かで判断され、その際合衆国憲法の起草者が当該権利に与えた意味、州の裁判所及び立法部並びに類似の司法制度を有する他国における当該権利の取扱い等客観的な要素が考慮されるものとされる<sup>14</sup>。

ところで、合衆国憲法には修正5条と修正14条にデュー・プロセス条項が置かれており、この2箇条のデュー・プロセス条項の関係も考えておく必要がある<sup>15</sup>。この点、第一及び第三の見解では、修正5条のデュー・プロセス条項は、権利章典に列举されてはいなくても、基本的公正さにとって不可欠な手続的及び実体的権利についてはこれを包含すると解されることとなろう。これに対して第二の見解は、修正5条のデュー・プロセス条項は権利章典に列举されていない権利を包含すると解する見解と<sup>16</sup>、国土の法

に従って手続を進めることを政府に命ずる規定であると解する見解<sup>17</sup>とに分かれる。もっとも、後者の見解も刑事手続は全く任意の手続であってよいと解するわけではなく、刑事手続は成文の憲法規定に合致した法（つまり修正5条あるいは修正14条のデュー・プロセス）に基づくものでなければならないとされる。しかし、このような説明はトートロジーというべきであろう。

後述のように、合衆国最高裁は次のような見解を採っていると考えられる。すなわち、①修正14条の「自由」には、手続的権利であれ、実体的権利であれ、権利章典に列挙されていない自由も含まれ、②それらの自由が「基本的権利」と認められる限り、同条項の保護の下に置かれ、かつ③それらの自由は合衆国憲法の価値体系上優越的な地位を有するものであるから、その違憲審査基準は合憲性推定原則を基礎とする単なる合理性（合理的関連性）の基準ではなく、厳格な基準によらなければならない、州のやむにやまれぬ利益が認められるときに限りその自由制限が許される、と。

ところで、Lawrence 判決では、ソドミーを行う自由は基本的権利であると明示的には述べられていない。公共道徳の保護は古くから州の規制権限（ポリス・パワー）に属するとされてきたのであるから、公共道徳に反するソドミーの禁止は合理性の基準を充足すると考えられる。そうすると、Lawrence 判決はソドミーを行う自由は優越的地位を有する基本的権利に当たると判断したものなのであろうか。問題は、特定の自由が基本的権利か否かはどのように判断されるのかである。そこで次に、これまで合衆国最高裁がどのような観点から特定の自由を基本的権利と認めてきたかを整理した上、Lawrence 判決の考え方を検討してみよう。

## （2）Lochner 判決

周知のように、実体的デュー・プロセス論の最盛期は、契約の自由を制限する州法が次々と修正14条違反と判断された19世紀末から20世紀初頭の時期である。そうした一連の判例の頂点に立つものとされるのが1905年のLochner 判決<sup>18</sup>である。製パン業を営む上告人は、被雇用者に1週60時間以

上労働させることを禁止する州法に違反したとして起訴された。1週60時間以上の労働という本件労働契約は労使の合意に基づくものであった。同判決によれば、本件州法は合衆国憲法修正14条により保護された個人の契約の自由に介入するものである。なるほど公共の安全、健康、道徳及び福祉に関係する限り、州は契約の自由を制限するポリス・パワーを認められている。しかし、製造されたパンの品質は労働時間の長短と何らの関わりもなく、本件州法は公共の安全、健康、道徳あるいは福祉に関係するものではなく、合理的な根拠がなく、ポリス・パワーの行使とは認められないとされたのであった。

Lochner 判決によれば、州は恣意的で不合理な仕方での自由を制限することは許されない。もちろん、自由制限の理由となるポリス・パワーの正当な行使であれば、問題はない。<sup>19</sup> 犯罪の鎮圧、予防がポリス・パワーに含まれることはいうまでもないが、そのほかに公共の道徳、健康及び安全の促進もこれに含まれるとされている。Lochner 判決の多数意見では、当該州法は公衆衛生ないし製パン業に従事する労働者の健康に直接に関係するものではなく（その意味において合理的な基礎を欠き）、ポリス・パワーの正当な行使とはいえないと判断されたのに対し、同判決の反対意見では、当該州法には合理的な基礎が認められるとの意見が表明された。<sup>20</sup>

多数意見は憲法の文言を事案に機械的に適用したものといつてよいであろう。すなわち、修正14条にいう「自由」には契約の自由も含まれるから、それを制限するためには法の適正手続によらなければならない。州がそのポリス・パワーを行使して契約の自由を制限することは修正14条に違反しないが、ポリス・パワーの正当な行使とは認められないときには同条項に違反する。州による労働時間の制限はポリス・パワーの正当な（合理的な）行使とは認められず、同条項に違反する、というのである。このような憲法の機械的適用観は19世紀アメリカの憲法状況にとってはとくに不都合なものではなかった。この時期における中心的な憲法問題は、連邦と州の間の権限分配をめぐる生じていたからである。しかし、20世紀に入



ると社会経済領域への国家的介入を不可とする消極的国家観は退潮<sup>21</sup>し、契約の自由を絶対視する *Lochner* 判決の思想は合衆国最高裁裁判官の過半数の支持を失い、経済活動を制限する州法については合憲性が推定されるものとされ、「理論上は最小限の審査、事実上は審査皆無も同然」の司法消極主義の判例理論が確立されてゆく<sup>22</sup>。

## (2) 憲法上のプライバシー権

こうして、契約の自由を手厚く保護するために修正14条が援用されることはなくなった。もっとも、その間、修正1条から8条までのいわゆる権利章典の明文にない自由についてはおよそデュー・プロセス条項を根拠とする手厚い保護には値しないとされていたわけではない。すなわち、小学校において英語以外の言語を教えることを禁止することはデュー・プロセス条項により保護される自由に対する不当な干渉であるとされ、公立学校<sup>23</sup>での教育を義務付けることはどの学校で教育するかについての親の自由を侵害するものとされ、さらに白人と有色人種との結婚を禁止することは修正14条のデュー・プロセス条項及び平等保護条項に違反するとされた<sup>24</sup>。

避妊具の使用を禁止する州法は憲法で保障されたプライバシー権を侵害し違憲であるとした1965年の *Griswold* 判決は現代の実体的デュー・プロセス論（あるいは実体的デュー・プロセス論の復活）に多大な影響を及ぼした。なるほど経済問題や営業活動あるいは社会条件に関わる法律の妥当性については一般に立法部の判断が尊重されるべきであるが、憲法の権利章典で明示的に保障された権利でなければ、手厚い保護に値しないわけではない。基本的権利としてのプライバシー権は権利章典に列挙された権利ではないが、結社の自由を保障した修正1条、平時において所有者の同意なしに兵士による舎営を禁止した修正3条、不合理な搜索・押収を禁止した修正4条、黙秘権を保障した修正5条及び憲法に列挙されていないことから人民の保有する権利を否認してはならないと定めた修正9条を根拠として認められるとされた<sup>27</sup>。

プライバシー権が基本的権利であることは、既婚者に認められる避妊

の自由を未婚者に否定することは平等保護条項に違反するとした *Eisenstadt* 判決でも再度確認された。すなわち、「プライバシー権とは、子供を持つかどうかの決定のように、人にとって基本的な影響を及ぼす問題に対する政府による不当な干渉を受けない権利を意味するのであり、それは既婚者であると未婚者であることで変わりはない。」<sup>28</sup>と。また、わいせつ物の私的な所持の禁止を違憲と判断した *Stanley* 判決では、わいせつ物は修正1条にいう「言論」には当たらないとしても、政府による人のプライバシー侵害からの自由は基本的権利であるとされた。<sup>29</sup>

*Griswold* 判決が修正14条の掲記を慎重に避けて、古い実体的デュー・プロセス論との相違を強調しようとしていたのに対し、1973年の *Roe* 判決<sup>30</sup>は、プライバシー権は端的に修正14条にいう「自由」に含まれると判示し、実体的デュー・プロセス論の復活を強く印象付けるものであった。すなわち、修正14条の「自由」により保障されるプライバシー権は妊娠を継続するか否かについての女性の意思決定の自由をも含み、かつ、それは基本的権利（fundamental right）であるから、その制限は州のやむにやまれぬ利益（compelling state interest）が認められる場合にのみ許される。堕胎は女性の精神的、肉体的な健康を損ない得るものであるから、胎児が母体外で生命を保続し得る程度に生育した時期すなわち妊娠第1三半期を過ぎた時期においては、州は堕胎に対して規制を及ぼすべきやむにやまれぬ利益を有している。これに対して、本件州法は妊婦の生命を救助するために行う堕胎を除くすべての堕胎を禁止する点で憲法上のプライバシー権を侵害する、と。つまり、*Roe* 判決では、堕胎規制と州の正当な利益との合理的関連性を要求する違憲審査基準（合理性テスト）よりも、高められた基準（厳格な審査基準）が適用されたのである。

プライバシーの概念は多義的であるが、上記の一連の判例で保護されたプライバシーは、不法行為法や不合理な搜索・押収の禁止を定めた修正4条で問題となるような個人情報に対する侵入とは異なり、本来個人の選択に任せるべき人格的自律に関わる問題であるといつてよい。その問題

領域はライフスタイルから人の生死に至るまで広範に亘るが、人格的自律の内容や性質は個別の問題領域ごとに異なるはずであるから、個別の問題領域における差違を捨象してこれを一般的に論ずることは適当ではない。ソドミーも個人の人格的自律に関わる行為であり、その意味でプライバシーの問題であるといえないこともないが、もとより避妊や堕胎における人格的自律の問題と同列には論じ得ない。合衆国最高裁は、個別領域における人格的自律の基本的権利性をどのように判断するかに関して、当該の自由や行為に対して合衆国が採って来た歴史的ないし伝統的な態度を考慮してこれを判断するとするアプローチを採用してきた。

#### (4) 歴史・伝統に依拠するアプローチ

Roe 判決は、妊娠第1 三半期においては胎児の生命の保護という州の利益は女性の堕胎決定権を上回るほどの重要性を有するものではないとしたが、この結論は、英国及び米国における堕胎の歴史を詳しく跡付け、次いで米国医学界及び法曹界の堕胎に対する姿勢に触れ、さらには妊娠第1 三半期における堕胎は妊婦の健康を害することなく行われていることを踏まえて下されたものであった。Roe 判決の判示内容がそのようなものであったことから、同判決以降、特定の個人的自由が修正14条にいう「自由」に該当するか否かは当該の自由に対する合衆国の歴史的ないし伝統的な取扱いに鑑みて、それを決定するという違憲審査のアプローチが合衆国最高裁において定着してゆく。

Lawrence 判決で破棄された1986年の Bowers 判決はソドミーの禁止を合憲と判断したものである。Bowers 判決によれば、なるほど子供の養育や教育、家族関係、避妊及び堕胎に関しては修正14条のデュー・プロセス条項に基づき基本的権利と解されてきたが、同条項に基づく基本的権利の拡張については慎重でなければならず、判例上、それなくしては自由も正義も存立し得ないような秩序ある自由の概念に黙示的に含まれる場合、あるいは合衆国の歴史と伝統に深く根差すものと認められるときに限り、基本的権利と認められてきた。この点、ソドミーの禁止は古代にまで遡り、

合衆国においても修正14条が採択された時点で37州中32州がこれを禁止し、1986年時点でも約半数の州及び特別区がこれを処罰していることからいって、ソドミーを基本的権利と呼ぶのは滑稽というべきであるとされた<sup>31</sup>。

1997年の Glucksberg 判決では、自殺教唆・幫助を罰する州法は修正14条に違反しないとされた。同判決は、自殺教唆・幫助の禁止が合衆国の歴史及び伝統に根差すものであることをまず確認した上、次のように判示した。すなわち、近年州によっては医師による自殺介助を容認する動きがあり、合衆国最高裁も、いわゆる植物状態の患者には水分及び栄養分の補給を拒否する権利があるとして、そのような状態にある患者の親は本人の意思を付度して同権利を行使することができるとした（Cruzan 判決<sup>32</sup>）。しかし、上記の権利は医的侵襲に対する合衆国の歴史及び伝統に沿うものであるがゆえに認められたのであり、単に個人の自律という抽象的な概念から抽出されたものではない、と。

ソドミーの法的取扱いに関する Lawrence 判決の歴史認識は Bowers 判決とは異なる。Bowers 判決では、ソドミーの禁止の起源は古代にまで遡り、同判決当時約半数の州が同行為を処罰の対象としていた点が合憲判断において重視されていた（というよりも合憲判断の決め手となった）のに対し、Lawrence 判決では、男性間のソドミー禁止の歴史及び現状が問題とされ、その起源は必ずしも古いものではなく、男性間のソドミー禁止は合衆国の伝統だとまではいえないとされた。特定の行為の法的取扱いに関して、同種の行為であっても、行為の具体的な態様が異なるときにはその法的な取扱いが異なり得ることは当然である。墮胎に関しても同様である。Roe 判決は、コモン・ローにおいて墮胎は犯罪であったが、胎動前の墮胎に関する限りそれは犯罪として取り扱われることはなく、合衆国において胎動前の墮胎が禁止されるようになったのは19世紀後半以降であり、妊娠初期における墮胎処罰は必ずしも合衆国の伝統とはいえないとした<sup>33</sup>。なるほど、問題となる自由（行為）に関する、その国における法的取扱い

の歴史や伝統はその自由制限の合憲性や当該自由の基本的権利性を判断する上で重要な意味をもつといてよいであろうが、歴史及び伝統のみに依拠して基本的権利性を確定することにはいささか問題があると思われる。<sup>35</sup>

#### (5) 実体的デュー・プロセスと平等保護原則との相互補完

Roe 判決は、女性の堕胎決定の自由などの基本的権利を制限するときには、その制限は州のやむにやまれぬ利益によって正当化されなければならないとする違憲審査の枠組を採用したものであるが、合衆国最高裁は修正14条の平等保護条項に違反するか否かを審査する場合にも同様の違憲審査の枠組を採用している。この枠組を採用した典型的かつ代表的な判例とされる1969年の Shapiro 判決は、公的扶助の請求をする者はその管轄区域に1年以上居住した者に限るとする州法が平等保護条項に違反するとされたものであり、同判決では当該の分類は州間の移動という基本的権利に影響を及ぼすものであるから、その合憲性は州のやむにやまれぬ利益を促進するかどうかという基準により判断されなければならないとされた。

白人と有色人種の結婚禁止が平等保護条項及びデュー・プロセス条項の両条項に違反するとされた Loving 判決<sup>37</sup>では、当該州法は異人種間結婚をした白人も有色人種もともに罰するものであるから不快な分類には当たらないとする州の主張に対して、白人及び有色人種の双方を罰するからといって同法が人種による不快な分類であることに変わりはなく、人種による分類により人の幸福追求にとって不可欠な結婚の自由という基本的権利を否定することはデュー・プロセス条項にも違反するとされた。また、避妊具を未婚者に譲渡する行為を罰する州法について平等保護条項に違反するとされた Eisenstadt 判決<sup>38</sup>では、Griswold 判決に照らして同行為を罰する州法はデュー・プロセス条項に違反するという判断が前提となっていたといつてよい。Loving 及び Eisenstadt の2つの判決では、結婚相手を選ぶ自由及び子供を持つかどうかを選択する自由は基本的権利であるから、平等保護条項に関する違憲審査も実体的デュー・プロセス条項に関するそれと同じ基準すなわち厳格な審査基準によるべきであるとされたわけであ

る。

オコナー裁判官は、Lawrence 判決の結論同調意見において、Bowers 判決の破棄には同調しないものの、本件州法は平等保護条項に違反するとした。道徳を促進するためソドミーを禁止することはデュー・プロセス条項の要求する合理性の基準を満たすが、同性愛者間のソドミーのみを禁止することは平等保護条項により要求される合理性の基準を満たさないというのである。<sup>39</sup>

オコナー裁判官の上記意見に対して、スカリア裁判官は、本件州法については Bowers 判決において適用されたのと同じ合理性の基準が適用されるべきであり、本件州法は同基準を満たすと批判した。<sup>40</sup>

これに対して法廷意見は、オコナー意見によれば同性間のソドミーのみならず異性間のソドミーをも罰する法律であれば平等保護条項に違反しないこととなり、しかもそのような罰則に由来するスティグマ（汚点）やそれに伴う不利益を負うのは主として同性愛者であると指摘した。また、法廷意見が本件州法について想定した違憲審査基準が（スカリア裁判官が主張するような）合憲性推定原則を前提として立法部に広範な立法裁量を認める合理性テストではないことは明らかであろう。なぜならば、上記のような合理性の基準を適用すると Bowers 判決を破棄するという結論はあり得なかったといえるからである。<sup>41</sup> 合理性の基準に代わる違憲審査基準として想定可能なのは厳格な審査基準か、そうでなければ中間的な基準（厳格な合理的の基準）であるが、そのいずれの基準を採用するかは本件において問題となっている権利の重要性（基本的権利性）についてどのように考えるかにかかっているといつてよい。

法廷意見は本件で問題となっている自由が基本的権利であるのか否かについて明らかにしていないが、男性同性愛者がソドミーを行う自由についてこれを基本的権利と見ていないことだけは確かであると思われる。ソドミー禁止の歴史を振り返ってみても合衆国がそのような自由に高度の価値を認めてきたと解することは困難だからである。

Lawrence 判決の評釈に目を転ずると、ハーヴァード・ロー・レビューの評釈では、本判決はゲイでいる自由すなわち自らの性的嗜好を公然と、制裁を受けることなく表明し、同性の者との親密な関係を持続し、かつそうした関係を（家族形成も含めて）取り結ぶ自由を基本的権利と認めたものとされている。<sup>42</sup>これに対して、本判決について厳格な審査基準を適用したものではないと評するものもある。本件で問題となった自由はゲイの人生上の選択の平等な尊重権であり、ゲイに対する単なる反感から立法された法律は政府の正当な規制利益たり得ないというのである。<sup>43</sup>

#### 4 まとめ

契約の自由を絶対視した Lochner 時代の実体的デュー・プロセス論はもはや採り得ないとする限りにおいて、判例・学説は一致している。現代の実体的デュー・プロセス論において論議されているのは、だれと結婚すべきか、子供をいかに教育すべきか、あるいは新たに子をもうけるべきかといった、個人（家族）の自己決定の自由（人格的自律）の問題である。これまでの合衆国最高裁判例にあっては、州の規制措置が基本的権利たる自由に対する侵犯に当たると判断された場合に、実体的デュー・プロセス違反とされていた。むろん自己決定の自由といっても、国家的な干渉を完全に排すべきまさに不可侵の自由から、例えば違法薬物の濫用などのように、その放埒な行使に対して政府が断固たる措置をとることが期待される自由に至るまで様々である。米国社会において、ソドミーを行う自由の高い価値（優越的な自由）を認める人はおそらく少ないであろう。Lawrence 判決もソドミーを行う自由を基本的権利と認めたものではないであろう。ソドミーの禁止はソドミーを行う自由の根底にある人と人との親密な関係、具体的には同性愛の関係に対する国家的な干渉にほかならず、そのような干渉はデュー・プロセス条項の要請に反する、というのが Lawrence 判決の趣旨であると思われる。同性愛関係の尊重とソドミーの否認との間には矛盾はないとする見方もあるだろう。すなわち、男性同性



愛者がみなソドミーを行うとは限らず、異性愛者の中にもソドミーを好む者がいることからいって、同性愛関係とソドミーとは必然、不可分の関係ではない。したがって、たとえ同性愛関係の尊重がデュー・プロセス条項の要請であると仮定したとしても、ソドミーの否認がその要請に違反するわけではない、と。しかし、同性愛関係とソドミーとは必然、不可分とまではいえないにせよ、男性の同性愛者がそのパートナーとソドミーに及ぶのは無理もないことであり、同性愛関係の尊重とソドミーの否認とはやはり相容れないのではなからうか。

同性愛関係が基本的権利であるとすれば、同性間結婚の否認や同性愛者であることを理由とする雇用その他における不利益も違憲とされる可能性が高まることになるが、これらの問題については今後の推移を見守るほかはない。

以上のとおり、合衆国最高裁は特定の自由の重要度に応じて州による自由制限の違憲審査基準を変えるというアプローチを採用するものであるが、自由の重要性に差違（価値序列）を設けずに、実体刑法がデュー・プロセス条項に違反するか否かは社会道徳（conventional morality）の観点から判断されるべきであるとする見解が米国の学説上有力である。これに対して、実体刑法の正当性は他者侵害の観点から判断されるべきであるとする見解も根強い。<sup>44</sup> こうして、問題は、J・S・ミルが提唱した侵害原理をめぐり英米の法哲学界を二分する学説対立にまで及ぶが、この問題についての検討は他日を期したい。

註

- 1 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). 本判決につき、丸山英二・判例タイムズ642号41頁、羽瀨雅弘・法学雑誌47巻1号75頁、藤井樹也・ジュリスト1255号42頁、根本猛・法政研究9巻4号184頁、同・アメリカ法2004年69頁。
- 2 Bowers v. Hardwick, 487 U.S. 186 (1986). 本判決につき、上原正夫・判例タイムズ605号40頁、内野正幸・法学セミナー1987年4月号18頁、丸山英二・判例タイムズ642号41頁、松平光央・法律論叢60巻2・3号157頁、鈴木義男編・アメリカ刑事



- 判例研究第4巻（1994年）241頁（萩原滋担当）。
- 3 萩原滋・実体的デュー・プロセス理論の研究（1991年）、同「堕胎規制に関する米連邦最高裁判決について」警察研究55巻2号（1986年）47頁、同「堕胎規制に関する米国連邦最高裁の新たな基準について」法経論集135号（1994年）43頁以下、同・前出註2、同「実体的デュー・プロセス論の現在」大野眞義先生古稀祝賀・刑事法学の潮流と展望（2000年）3頁以下。
  - 4 テキサス州刑法 §21. 06 (a) は、「同性の者と逸脱的な性行為を行った者は、罰する。」と定め、「逸脱的な性行為」については性器と口唇又は肛門との接触等と定義されている。
  - 5 ケネディ裁判官執筆、スティーヴンズ、スーター、ギンズバーグ、ブレイヤーの各裁判官同調。
  - 6 避妊具の使用につき、*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972). 堕胎につき、*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
  - 7 *Supra* note 2.
  - 8 *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H.R. (1981) 51.
  - 9 レンキスト長官、トーマス裁判官同調。
  - 10 合衆国憲法修正14条は、「いかなる州といえども法の適正な手続によらないで、何人からも生命、自由又は財産を奪ってはならない。」と定める。
  - 11 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 221 (White, J., dissenting), 171 (Rehnquist, J., dissenting); John Hart Ely, *The Wage of Crying Wolf: Roe v. Wade*, 82 Yale L. J. 920, 937-943 (1973).
  - 12 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937).
  - 13 *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219, 326 (1941).
  - 14 Jerold H. Israel & Wayne R. LaFave, *Criminal Procedure -Constitutional Limitations*, 8-9, 1975.
  - 15 修正5条は、「何人も、法の適正手続によらずに生命、自由又は財産を奪われることはない。」と定める。
  - 16 *Adamson v. California*, 332 U.S. 42, 124 (Murphy, J., dissenting, 1947); *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 516-517 (Douglas, dissenting, 1961).
  - 17 *In re Winship*, 397 U.S. 358, 386 (Black, J., dissenting, 1970).
  - 18 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
  - 19 *Lochner v. New York*, *supra* note 18, at 53.

- 20 ハーラン裁判官の反対意見（ホワイト及びデイ裁判官同調）では、州法が明らかに憲法の基本的権利を侵害するものでない限りこれを合憲とすべきであるとされ、ホームズ裁判官の反対意見では、物事を合理的に考える人ならば本件州法を支持するであろうとされた。
- 21 高橋和之・憲法判断の方法（1995年）100頁以下。
- 22 *United States v. Corolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). この間の事情につき、芦部信喜・憲法訴訟の現代的展開（1981年）68頁以下。
- 23 *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).
- 24 *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).
- 25 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- 26 *Supra* note 6.
- 27 ゴウルドバーグ裁判官は補足意見において、修正9条の文言及び歴史の観点から憲法上のプライバシー権を認める法廷意見を補強した。ゴウルドバーグ裁判官の補足意見につき、芦部信喜「包括的基本権条項の裁判規範性」法協百周年論集2巻（1983年）55頁以下。
- 28 *Eisenstadt v. Baird*, *supra* note 6, at 453.
- 29 *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).
- 30 *Roe v. Wade*, *supra* note 6, at 153.
- 31 Bowers 判決は、わいせつ物の単なる所持を罰することは家庭内のプライバシー権を侵害するとした *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969) について、そこでのプライバシー権は修正1条にその憲法上の根拠があったのであり、本件における修正14条の解釈とは関わりはないとする（*supra* note 2, at 195-196）。
- 32 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 705 (1997). 本判決につき、鈴木義男「自殺補助処罰規定の合憲性」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（1998年）953頁。
- 33 *Cruzan v. Director*, 497 U.S. 261 (1990).
- 34 *Roe v. Wade*, *supra* note 6, at 130-140.
- 35 芦部・前出註22・14頁では、次のように述べられている。「憲法訴訟で『歴史』が果たす役割には限界がある…その最大の原因は、『歴史』の解釈それ自体に客観性を期待することができないことに求められる。とくに憲法訴訟で用いられる『歴史』は、過去の事実および思想について真実であると信じられるもので、実際に真実であるとは限らない。また、当事者は勝訴するため、裁判所に国民を説得するために、それぞれ歴史的資料を利用するわけであるから、『歴史』の用い方は当然に

実用的になるであろう。そのため濫用の危険や党派的な使用のおそれも少なくなる。」

36 Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969). 米国における平等保護条項に関する違憲審査につき、戸松秀典・平等原則と司法審査 (1990年)。

37 *Supra* note 25. なお、Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) では、常習犯に対する去勢を許す州法は平等保護条項に違反するとされたが、ストーン長官による補足意見では、同法は常習犯人にその危険な傾向についての反証を上げる機会を保障していない点でデュー・プロセス条項に違反するとされた。

38 *Supra* note 6.

39 オコナー裁判官によれば、政治的な少数者に対し単にいやがらせをするという目的は州の正当な利益に当たらず、そのような法律に対しては平等保護条項の下でより厳格な合理性の基準を適用するのが、合衆国最高裁の立場であるとされる (*supra* note 1, at 580)。

40 *Supra* note 1, at 600.

41 伝統的に、公共道徳の保護は州の規制権限 (ポリス・パワー) に属すものとされてきた。

42 The Supreme Court - Leading Cases, 117 Harv. L. Rev. 226, 298 (2003).

43 Pamela S. Karlan, Foreword: Loving Lawrence, 102 Mich. L. Rev. 1447, 1450 (2004). なお、Laurence H. Tribe, Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that dare not speak its Name, 117 Harv. L. Rev. 1894, 1915 (2004) では、Lawrence 判決が保護しようとしたのは、「人格の深みに達する人間関係の境界及びその内容を自ら決定する権利、及びそうした関係に入る人々の尊厳や自尊心の尊重を要求する権利」であるとされる。

44 詳しくは、萩原・実体的デュー・プロセス理論の研究 (前出註3) 92頁以下参照。